

Dictamen n.º: **479/18**
Consulta: **Alcalde de Las Rozas de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.11.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 8 de noviembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Las Rozas de Madrid, cursada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato para la prestación del servicio de *“enseñanza de disciplinas deportivas en instalaciones deportivas municipales”*, formalizado entre el Ayuntamiento de la citada localidad y la mercantil Elitesport Gestión y Servicios S.A. (en adelante *“la empresa”*, *“la mercantil”* o *“la contratista”*).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de agosto de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 403/18, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

Con fecha 26 de septiembre de 2018, y conforme a los artículos 14.1g) y 19 del ROFCJA, se solicitó al alcalde de Las Rozas de Madrid que completara el expediente con la remisión de determinados documentos que no constaban en el mismo. Tal actuación se llevó a efecto por el citado Ayuntamiento, por lo que tuvo entrada la documentación interesada en esta Comisión Jurídica Asesora el 30 de octubre de 2018, reanudándose el plazo interrumpido a tenor del artículo 19 del ROFCJA.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 8 de noviembre de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, que se encuentra foliado y numerado con el índice de los documentos de que consta conforme dispone el artículo 19.1 del ROFCJA, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión de 23 de diciembre de 2016, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPT) que habrían de regir el contrato para la prestación del servicio de *“enseñanza de disciplinas deportivas en instalaciones deportivas municipales”*.

Del clausulado de los pliegos interesa destacar lo siguiente:

- La Cláusula I del PCAP expresa el objeto del contrato y se remite a los PPT para la descripción y características de los servicios, la forma de prestación y demás factores para ejecutarla.

- La Cláusula II determina que las partes se someten expresamente a lo establecido en el PCAP y el PPT y que *“revisten carácter contractual”*.

- La Cláusula IX del PCAP y Prescripción 5 del PPT establecen una duración inicial del contrato de 4 años.

- La Cláusula XIII del PCAP va referida a la forma y contenido de las proposiciones, incluyendo en el apartado 10 del sobre de documentación administrativa la obligación de aportar las certificaciones acreditativas de estar al corriente de pago con la Tesorería de la Seguridad Social y con la Administración Tributaria.

- La Cláusula XXVIII del PCAP versa sobre la extinción y cumplimiento del contrato, e indica en su apartado 2 que *“de acuerdo con lo previsto por el art. 221 del TRLCSP [Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre], el contrato se extingue por cumplimiento o por resolución”*, concretando este último aspecto en su apartado B) al afirmar que *“son causas de resolución del contrato las previstas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP, con los derechos que se establecen en los mismos”* y que *“asimismo se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como supuestos de resolución por culpa del contratista: (...) c) La incursión del contratista, durante la vigencia del contrato, en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente o en incompatibilidad, sin la obtención inmediata de la correspondiente compatibilidad”*.

Señala también la cláusula, que *“el acaecimiento de cualquiera de estas causas, en los términos establecidos, conllevará la resolución del contrato, debiendo indemnizar el contratista a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, con los demás efectos que procedan conforme a la normativa aplicable. El importe de la garantía responderá de todo ello, en cuanto alcance, y sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada, en su caso”*.

Finalmente, indica que *“para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 224 y 225 del TRLCSP”*.

- La Cláusula XXXVIII de los PCAP afirma que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en el TRLCSP, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de...acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, con el procedimiento de ejercicio señalado en el art. 211 del TRLCSP y por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”* (en adelante, RGLCAP).

2.- Tras la oportuna licitación y sucesivos trámites que incluyeron la constitución de la garantía definitiva por parte de la empresa (prevista en la cláusula X de los PCAP) en fecha 4 de mayo de 2017, la presentación de diversos documentos entre los que se encontraba la certificación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias expedida por la AEAT, y la emisión del informe de la Intervención municipal de 18 de mayo de 2017, que fiscalizaba de conformidad; el contrato fue adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de mayo de 2017 a la empresa indicada en el encabezamiento del dictamen.

3.- Después de la sustanciación de un recurso formulado ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (en adelante TACP) y tras su acuerdo desestimatorio de 28 de junio de 2017, el contrato fue formalizado el día 25 de julio de 2017 con una duración de cuatro años en los que el adjudicatario se obliga a prestar el servicio con estricta sujeción al PCAP y PPT *“que rige la presente adjudicación documento que el adjudicatario declara conocer y acepta, formando parte del presente contrato”* y el Ayuntamiento a satisfacerle la cantidad que en él se expresa. Además se hace constar en el contrato que se ha acreditado la constitución de la garantía definitiva por el adjudicatario para responder de la ejecución del contrato. El acta de inicio de servicio reseña que tiene lugar el 1 de agosto de 2017.

4.- El 8 de mayo de 2018, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid por correo electrónico, un escrito de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria (en adelante AEAT), con fecha de emisión de 2 de mayo de 2018, que refería tener conocimiento de la relación mantenida por el Ayuntamiento con la contratista, por lo que le notificaba una diligencia de embargo de los créditos a favor de la empresa que se encontraran pendientes de pago a la fecha en que se recibió la diligencia, tanto por cantidades facturadas, pendientes de facturar o que no requieran facturación, por un importe total de 150.859,33 euros.

5.- Por informe de 10 de mayo de 2018, el director del Servicio de Coordinación Jurídica propuso la incoación de expediente de resolución del contrato, con base en los antecedentes que citaba entre los que incluía la notificación de embargo de la AEAT, ya que indicaba que el PCAP configuraba como causa de extinción del contrato, el estar incurso el contratista durante la vigencia del mismo en alguna

de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente, y que el artículo 60 del TRLCSP recogía entre dichas causas aplicables al contrato el no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, por lo que entendía procedente la resolución del contrato por la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación.

Con base en los antecedentes y dicho informe, el concejal delegado de Deportes y Ferias propuso a la Junta de Gobierno Local, con fecha 10 de mayo de 2018, la citada incoación y la concesión de un plazo de alegaciones a la contratista y a Iberaval Sociedad de Garantía Recíproca S.A. (en adelante, “*la avalista*”).

TERCERO.- En lo que se refiere a la tramitación del expediente, resultan los siguientes hechos:

1.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, acordó el 18 de mayo de 2018, con base en el precitado informe de 10 de mayo de 2018:

“1º.- Iniciar expediente para la resolución del contrato suscrito con [la empresa] para la prestación del servicio de “enseñanza de disciplinas deportivas en instalaciones deportivas municipales”, por no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, de acuerdo con la diligencia de embargo remitida por la Agencia Tributaria a este Ayuntamiento, por importe de 150.859,33 euros.

2º.- Conceder un plazo de audiencia de 10 días hábiles al contratista para que manifieste las alegaciones que a su derecho convengan, así como al avalista (...).

3º.- Notificar el presente acuerdo a los interesados”.

Consta en el expediente que el 31 de mayo de 2018 se trasladó copia del citado acuerdo a la empresa, con remisión de un correo electrónico que fue leído en esa misma fecha, por otra parte consta que el día 29 de mayo de 2018 se dio salida registral del acuerdo para notificación a la avalista sin que figure documentación justificativa de la efectiva notificación.

2.- Por escrito presentado el 15 de junio de 2018 en una oficina de Correos, el representante de la empresa alega que el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias se debe a la complicada situación económica que está atravesando, así como que: el 12 de febrero de 2018 comunicó su situación de insolvencia inminente al Juzgado de lo Mercantil de Madrid, cuyo Juzgado nº 5 en el ámbito del procedimiento Comunicación art. 5 bis Ley Concursal 240/2018, dictó el Decreto de 8 de marzo de 2018 admitiendo a trámite la misma; y que el 8 de junio de 2018 solicitó concurso voluntario al Juzgado de lo Mercantil de Madrid que por turno corresponda, por lo que cuando se declarase el concurso dispondría de liquidez para cumplir con sus obligaciones contractuales.

3.- Por informe de 20 de junio de 2018, el director del Servicio de Coordinación Jurídica, con la conformidad de la Secretaría General del Ayuntamiento propuso: desestimar las alegaciones al no desvirtuar los hechos imputados al contratista que no son otros que el PCAP configura como causa de extinción del contrato el estar incurso el contratista durante la vigencia del mismo en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente, y que el artículo 60 del TRLCSP recoge entre dichas causas aplicables al contrato el no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias; resolver el contrato; retener la garantía

definitiva hasta que se resolviese el procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados; así como conceder trámite de audiencia al contratista y a la avalista para que pudiesen efectuar alegaciones sobre la propuesta de resolución y la retención de la garantía, respectivamente.

4.- El concejal delegado de Deportes y Ferias elevó dicha propuesta de resolución a la Junta de Gobierno Local con fecha 20 de junio de 2018, que la aprobó por acuerdo de 6 de julio de 2018 y se notificó a la contratista el 20 de julio de 2018, constando salida registral para notificación a la avalista en esa última fecha sin que figure documentación justificativa de la efectiva notificación.

5.- Finalizado el plazo de alegaciones sin que conste en el expediente que la contratista ni la avalista hayan formulado escrito en relación al trámite conferido, el director del Servicio de Coordinación Jurídica emite informe de 8 de agosto de 2018 con el que propone a la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación: la resolución del contrato por no estar la empresa al corriente de sus obligaciones tributarias, la retención de la garantía definitiva hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados, la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la suspensión del plazo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen.

6.- El concejal delegado de Deportes y Ferias elevó dicha propuesta de resolución a la Junta de Gobierno Local con fecha 9 de agosto de 2018, que la aprobó por acuerdo de 13 de agosto de 2018. El acuerdo fue notificado a la contratista y a la avalista por correos electrónicos en fechas 13 y 14 de agosto de 2018.

7- El alcalde de Las Rozas de Madrid, con escrito de 14 de agosto de 2018, al que se dio salida ese mismo día, solicitó la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid a través de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno y adjuntó copia del expediente abierto por el Ayuntamiento. Como expresamos anteriormente, tal escrito y expediente tuvo entrada en este órgano consultivo el 24 de agosto de 2018.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3. f).d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “(...) *la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”, y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (“(...) *por los Alcaldes-Presidentes de las mismas [las Entidades Locales] (...).*”).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 19 de mayo de 2017, estando vigente el TRLCSP, por lo que será la normativa aplicable al contrato desde el punto de vista sustantivo.

En lo que se refiere al aspecto procedimental, esto es, la normativa aplicable al procedimiento de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (272/17, de 29 de junio, 280/17, de 6 de julio, 399/17, de 5 de octubre y 191/18, de 26 de abril, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 18 de mayo de 2018, lo que supone la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), conforme a su disposición final decimosexta.

Además ante la falta de desarrollo reglamentario y conforme a la disposición final cuarta de la LCSP/17, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), en lo que no se oponga a tal ley, y concretamente su artículo 109 dedicado al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*. Subsidiariamente según esa disposición final, resultará de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por ello, conforme a la consideración de derecho primera, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, a tenor de lo dispuesto en el artículo 191.3.a) de la LCSP/17.

TERCERA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 de la LCSP/17, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

Por su parte, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17, atribuyen la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 191 de la LCSP/17 y el establecido en desarrollo de la Ley conforme previene el artículo 212 de la LCSP/17. Es ese órgano quien ha de proceder tanto a la incoación del procedimiento como, tras su tramitación, a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

El órgano de contratación es el órgano competente para aprobar la resolución propuesta, a tenor de lo previsto en el artículo 212 de la LCSP/17.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 112.2 de la LCSP/17 refiere que

“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común”, y que el artículo 109 del RGLCAP, exige también la audiencia al avalista o asegurador “si se propone la incautación de la garantía”.

En nuestro caso, además de conferir trámite de alegaciones al contratista tras el inicio del procedimiento –en que manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada–, se le ha dado audiencia tras la instrucción, que consta debidamente notificada.

Asimismo, se confirió trámite de alegaciones inicial y posterior trámite de audiencia al avalista, mediante escritos a los que se dio salida registral por la Administración, pero no consta la efectiva notificación. No figura en el expediente actuación alguna por su parte, si bien, el Ayuntamiento no ha propuesto la incautación de la garantía definitiva sino su retención hasta que se resuelva el procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora 294/17, de 13 de julio y 399/17, de 5 de octubre y 191/18, de 26 de abril entre otros). El informe del secretario resulta preceptivo también a tenor del apartado 8 de la disposición adicional tercera de la LCSP/17.

Obra en el expediente el informe de la Secretaría General municipal mediante conformidad de fecha 3 de julio de 2018 al formulado por el director del Servicio de Coordinación Jurídica de 20 de junio de 2018.

Por el contrario, no consta el informe de la Intervención municipal. En relación a la omisión de ese informe hemos señalado en diversos dictámenes, como el 64/17, de 9 de febrero, el 198/17, de 18 de mayo y el 294/17, de 13 de julio, que la falta en el expediente administrativo de resolución contractual de esos informes constituye un vicio de anulabilidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LPAC, y, por tanto, susceptible de subsanación como así estableció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes del 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros. Dicha irregularidad en el procedimiento, aun no invalidante del mismo, debería ser subsanada con carácter previo a la resolución que determinara, en su caso, la resolución del contrato, obligando a otorgar audiencia a los interesados si se recogieran nuevos hechos o circunstancias cuyo desconocimiento pudiera causarles indefensión, ya que, en definitiva, los trámites administrativos se establecen como garantía de la adecuación de las Administraciones Públicas al ordenamiento jurídico.

Consta en el expediente, que después del trámite de audiencia se ha emitido otro informe de la Secretaría General municipal mediante conformidad de fecha 10 de agosto de 2018 al formulado por el director del Servicio de Coordinación Jurídica el 8 del mismo mes y año. Sobre tal aspecto ha declarado esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 61/16, de 5 de mayo o el 294/17, de 13 de julio, que el trámite de audiencia debe practicarse inmediatamente

antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 294/17, de 13 de julio, 315/17, de 27 de julio, 399/17, de 5 de octubre y 457/17, de 8 de noviembre, entre otros, que entendemos aplicable al caso examinado, teniendo en cuenta además que el artículo 82.1 de la LPAC admite que la audiencia sea previa al informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico.

La actuación posterior a ese informe, ha sido la aprobación de la propuesta de resolución para resolver el contrato con retención de la garantía definitiva, suspender el plazo de resolución del procedimiento, solicitar dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y notificarlo a los interesados.

Consta notificación de tal acuerdo a la contratista y a la avalista, pero no la de comunicación de la petición de dictamen a este órgano consultivo, con el efecto en cuanto al plazo que examinamos.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, la LCSP/17 dispone en su artículo 212.8 que *“deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses”*.

Por otro lado, cabe la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, era doctrina del Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano consultivo (dictámenes 115/13 de 3 abril y 188/13 de 8 de mayo). Este criterio ha sido acogido por la Comisión Jurídica Asesora en nuestros dictámenes 162/17, de 20 de abril, 272/17, de 29 de junio, 399/17, de 5 de octubre y 191/18, de 26 de abril, entre otros.

En iguales términos se han pronunciado otros consejos consultivos, por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09, que señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda *“dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”*.

En ese dictamen se considera que *“parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo*

centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 18 de mayo de 2018 mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se suspendió por Acuerdo de 13 de agosto de 2018, de la referida Junta y se solicitó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora el 14 de agosto de 2018 en que, asimismo, salió del registro del citado Ayuntamiento.

Aunque no consta en el expediente la comunicación a la contratista y a la compañía avalista, de la petición de dictamen a este órgano consultivo, el procedimiento no ha caducado a fecha de emisión de este Dictamen.

CUARTA.- La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 190 de la LCSP/17 al igual que la anterior legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios,

que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: *“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.*

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

QUINTA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

En los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución se invoca un incumplimiento del contratista que aboca a la resolución del contrato, a saber, no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, suponiendo ello causa de prohibición de contratar con la Administración.

La Administración entiende aplicable la causa de resolución prevista en la cláusula XXVIII.2 de los PCAP que refleja en su apartado B) como causa de resolución *“la incursión del contratista, durante la*

vigencia del contrato, en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente...” y por remisión la prevista en el artículo 60 del TRLCSP relativa a “*no hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias*”. Debemos reseñar, que si bien las actuaciones de la Administración incluyen la referencia al apartado B) b) de la cláusula XXVIII de los PCAP, cuando lo correcto es el apartado B) c) de dicha cláusula, se trata de un simple error que no resta eficacia al pleno conocimiento de los interesados de que se trata del apartado c), pues desde el propio acuerdo de inicio del procedimiento se expresa el tenor literal de su contenido y se especifica que la causa es no estar al corriente de sus obligaciones tributarias. Es pues, un defecto no invalidante.

En relación a esta causa de resolución, la contratista alega que el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias se debe a la complicada situación económica que está atravesando y que ha actuado ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid llegando a solicitar concurso voluntario el 8 de junio de 2018, aventurando que cuando se declare el concurso dispondrá de liquidez para cumplir con sus obligaciones. Tales manifestaciones confirman que no se halla al corriente de sus obligaciones tributarias como resulta de la diligencia de embargo de la AEAT obrante en el expediente, sin que haya de afectar al caso una hipotética causa de resolución futura.

La cláusula XXVIII.2 de los PCAP refleja en su apartado B) que “*son causas de resolución del contrato las previstas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP...*”, añadiendo expresamente una serie de causas consideradas a todos los efectos como supuestos de resolución “*por culpa del contratista*”, entre los que se encuentra: “*c) La incursión del contratista, durante la vigencia del contrato, en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en la normativa vigente...*”.

El artículo 223 del TRLCSP enumera -al igual que hoy lo hace el artículo 211 de la LCSP/17- las causas de resolución del contrato, y considera como tal en su apartado h) *“las establecidas expresamente en el contrato”*.

Las prohibiciones de contratar se contemplan en el artículo 60 del TRLCSP cuyo apartado 1 dispone que *“no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:”* y relaciona esas circunstancias entre las que figura la comprendida en su apartado d) que indica *“no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes...”*.

Según obra en el expediente, la AEAT notificó al Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid una diligencia de embargo de créditos de 2 de mayo de 2018, dictada en ámbito del procedimiento de apremio seguido contra la contratista, obligada al pago, por dicha AEAT para el cobro de deudas por haber transcurrido el correspondiente plazo de ingreso voluntario sin que hubiese atendido al pago, por un importe total de 150.859,33 euros. Por ello, resulta acreditado que la empresa no está al corriente de sus obligaciones tributarias como ha apreciado la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid en su propuesta de resolución.

Tal causa de resolución está prevista expresamente en el PCAP que reviste carácter contractual (ex art. 115.3 del TRLCSP) habiéndose sometido a ellos la contratista conforme a la cláusula II del PCAP. En este sentido, como ya dijéramos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre, 162/17, de 20 de abril, 272/17, de 29 de junio y 191/18, de 26 de abril, entre otros, cabe recordar la Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. La referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (recurso 632/1993) donde se sostiene que: *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”*. En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”*.

Con base en todo lo anterior, consideramos procedente la resolución del contrato porque la contratista no está al corriente de sus obligaciones tributarias, lo que es una circunstancia de prohibición de contratar con el citado Ayuntamiento, que se recoge expresamente en la cláusula XXVIII, apartado B) c) como causa de resolución del contrato por culpa del contratista, y conlleva la aplicación del artículo 223 h) del TRLCSP, precepto a que, a mayor abundamiento, se remite la citada cláusula del PCAP.

SEXTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En particular y por lo que se refiere a la garantía definitiva, debe recordarse como expusimos en nuestro Dictamen 297/17, de 13 de julio, que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato (efectos de la causa de resolución) y no a la regulación del procedimiento.

El artículo 225.3 del TRLCSP, aplicable según la disposición transitoria primera de la LCSP/17, dispone:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en numerosos dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, como el 272/17, de 29 de junio, el 280/17, de 6 de julio o el 527/17, de 21 de diciembre, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de

resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

El artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP) que resulta de aplicación al caso, no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía a los supuestos que resulte de aplicación el TRLCSP, debe resaltarse que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia de

los interesados para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid como consecuencia del incumplimiento, en el que se tendrán en cuenta las previsiones contenidas en el PCAP al respecto.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la LPAC.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato administrativo para la prestación del servicio de *“enseñanza de disciplinas deportivas en instalaciones deportivas municipales”* al amparo de lo establecido en el artículo 223.h) del TRLCSP, puesto que la contratista no está al

corriente de sus obligaciones tributarias, lo que es una circunstancia de prohibición de contratar y causa de resolución del contrato a tenor de la cláusula XXVIII del PCAP.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 8 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 479/18

Sr. Alcalde de Las Rozas de Madrid

Pza. Mayor, 1 – 28231 Las Rozas de Madrid